

Site web : www.coe.int/tcj



Strasbourg, 24 juin 2004

[PC-OC/Bureau/Docs/

PC-OC-WP (2004) 02 F LAGODNY Double Incrimin]]

PC-OC / WP (2004) 2

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS
(CDPC)

Comité d'experts sur le fonctionnement
des conventions européennes dans le domaine pénal
(PC-OC)

Avis d'expert à l'attention du Conseil de l'Europe
sur les questions relatives à la double incrimination,

présenté par

Professeur Otto LAGODNY,
Université de Salzbourg
18 mai 2004

Remarque préliminaire :

Il a été entendu que le Groupe de travail PC-OC rédigerait, sur les questions précitées, un recueil bref et concis d'arguments d'actualité plutôt qu'une analyse académique. J'y réduis donc au minimum les notes en bas de page et autres ajouts. Pour plus amples informations, voir annexes I, O et L.

A1

Examen de la notion de double incrimination eu égard à toutes les conventions européennes pertinentes

La notion de double incrimination joue encore, dans toutes les conventions européennes pertinentes, un rôle important dont il sera question ci-après. Il serait inutile de les mentionner ici en détail. L'article 2, paragraphe 1 de la Convention européenne d'extradition (comme d'autres instruments en matière d'extradition) énonce clairement la condition de double incrimination, tandis que l'Article 5, paragraphe 1 a de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale laisse aux États Parties la faculté de faire des réserves à ce sujet.

La double incrimination a cependant son importance, et pas seulement dans le domaine de l'extradition ou de l'entraide judiciaire. On peut établir une distinction entre l'extradition et l'entraide judiciaire (classique) d'une part, différents types de transferts d'autre part. Le débat porte, comme mes remarques ci-après, sur les changements qui interviennent dans le premier domaine, à savoir l'extradition et l'entraide judiciaire classique, mais le second domaine semble en être exclu¹. Sauf à partir d'une situation donnée, on peut traiter de l'un et de l'autre dans le même contexte, car le transfert d'exécution constitue, lui aussi une forme d'entraide. Cette situation est apparue au cours des dernières années en ce qui concerne l'extradition de nationaux. Comme aux Pays-Bas, l'extradition de nationaux peut dépendre du transfert de l'exécution d'une condamnation éventuelle et du re-transfèrement de l'intéressé. La double incrimination joue, dans ce cas, un rôle différent de celui qui est le sien dans tous les autres cas de transfert d'exécution, car d'une manière générale, seule la phase du procès se déroule dans un autre État. Toutes les autres parties de la procédure pénale concernent l'État extradant. La double incrimination doit alors être une condition préalable à l'extradition en raison du re-transfèrement : dans ce cas particulier, seul le procès a lieu dans un autre État. C'est pourquoi l'État extradant est l'État où est exécutée la peine, du moins dans les faits. Mais une telle situation étant plutôt exceptionnelle, je la laisserai désormais de côté.

A2

Explication, en particulier, de la passibilité *in concreto* (cas dans lequel, par exemple, deux ressorts judiciaires ont deux perceptions différentes de la prescription)

Afin d'éviter les malentendus sur la signification des expressions *in abstracto* et *in concreto*, je précise qu'à mon sens, la double incrimination *in concreto* signifie que le comportement concret doit être intégralement punissable selon le droit de l'État requis. Il ne suffit pas que ce comportement présente tous les signes distinctifs d'un crime ; encore faut-il qu'aucun autre facteur – de caractère disculpant, par exemple – n'exclue la passibilité. Autrement dit, le comportement en question doit présenter toutes les caractéristiques positives et négatives d'un crime.

À mes yeux, l'exemple des perceptions différentes en matière de prescription illustre à merveille le problème : La Convention européenne d'extradition de 1957 stipule, en son article 10, que les deux législations sont pertinentes : celle de l'État requérant et celle de l'État requis. Les traités bilatéraux destinés à faciliter l'application de cet instrument, comme par exemple le traité entre l'Allemagne et les Pays-Bas (du 30 août 1979), disposent qu'en cas d'interruption de la prescription, seules s'appliquent les dispositions de l'État requérant. Il en va de même en vertu de l'art. 62, paragraphe 1 de l'accord de Schengen II. D'autre part, l'Art. 8 de la Convention de Dublin de 1996 dispose que l'extradition ne peut être refusée au motif que les poursuites exercées ou la condamnation prononcée contre l'intéressé seraient illégales selon la législation de l'État requis.

¹ La notion de Nouveau Départ ne différencie pas ces deux types de coopération (voir : PC-S-NS [2002] 7, 18 septembre 2002, p. 12).

À première vue, il semble y avoir là un exemple de « réglage de précision », car dans un domaine sensible (perception de la prescription), on a commencé par la question de l'interruption de la prescription, pour finir par le traitement général de celle-ci dans l'État requis, qui ne peut jouer aucun rôle. Cela montre, selon moi, qu'il peut y avoir des variations d'un État à l'autre en ce qui concerne aussi bien la période de prescription que les poursuites susceptibles d'une interruption de la prescription. J'estime que cela n'a rien à voir avec les idées qui sous-tendent la double incrimination.

A3

Pour quel motif introduire la notion de double incrimination lors de la rédaction des traités renvoyant à cette notion ?

Il est possible de démontrer que la notion de double incrimination est apparue au dix-neuvième siècle dans le sillage du principe de réciprocité². À cette époque, en effet, on conçoit la réciprocité dans un sens très strict, car elle est sous-tendue par le concept très étroit de souveraineté : si le comportement humain motivant une demande d'extradition n'est pas punissable dans l'État requis, cet État ne serait pas en mesure de faire la même demande dans une situation comparable. La demande d'extradition serait dénuée de sa base même, qui n'est autre qu'un crime. Et si une stricte réciprocité n'est pas possible, c'est contraire au concept de souveraineté qui existe alors, car il va à l'encontre de la dignité d'un État d'accorder davantage qu'il ne pourrait recevoir. Ce concept s'est manifesté pour la première fois sous la forme d'une liste positive d'infractions prêtant à extradition (principe d'énumération) ; la convention de 1957, toutefois, a été l'un des premiers instruments à donner la préférence à une approche négative en excluant uniquement les crimes qui ne sont pas très importants au regard de la peine maximum dont leurs auteurs sont passibles.

La manière dont le dix-neuvième siècle abordait l'extradition et la coopération en général peut se caractériser comme étant « bidimensionnelle » : seuls les deux États concernés ont des intérêts juridiques, qu'il s'agit d'équilibrer, l'individu n'entrant pas en ligne de compte. Ainsi, on peut caractériser le principe de double incrimination en signalant qu'à l'origine, il était à l'avantage exclusif des États et de la manière dont ils envisageaient leur souveraineté. Depuis le dix-neuvième siècle, la notion de double incrimination n'a pas été vraiment mis en cause ; au contraire, on l'a soutenue. Ses modifications ont été exclusivement internes, comme l'a montré l'exemple du mode de perception de la prescription.

² Pour toutes précisions, voir : Lagodny, in : Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3^{ème} éd., Munich 1998, par. 3 IRG, annotation 2 et suivantes (pages 49 et 50).

A4**La double incrimination a-t-elle été conçue pour protéger les intérêts des États ou les droits de l'individu, ou encore les uns et les autres à la fois ?**

Dès le point de départ évoqué sous A3, il allait de soi que l'impératif de la double incrimination n'avait été conçu, à l'origine, que pour protéger les intérêts des États. Au dix-neuvième siècle, l'individu ne jouait pratiquement aucun rôle dans les réflexions concernant le droit de l'extradition. C'est seulement à la fin du dix-neuvième siècle que des questions comme l'arrestation aux fins d'extradition ont commencé à compter. Il est devenu clair, alors, qu'au moins pour des mesures telles que l'arrestation, une base juridique s'imposait. J'ai l'impression qu'au vingtième siècle, on s'est plus ou moins efforcé d'ajouter une seconde raison d'être à la double incrimination : l'intérêt de l'individu.

En fait, on pourrait essayer d'avancer le principe de la légalité (*nulla poena sine lege* : aucune punition sans une loi) : pas d'extradition sans une infraction en vertu de la législation de l'Etat requis³. Cependant, cette approche n'est valable que si l'on estime que l'extradition est égale à une « poena » (peine). Ce point de vue est défendable si l'on ajoute la notion d'assistance : l'extradition n'est pas la même chose qu'une « poena » mais elle représente une assistance et une aide pour la peine prononcée par un autre Etat et par conséquent elle est très proche d'une peine.

Cet argument présente un autre aspect : on pourrait dire que le principe de la légalité est respecté parce que les faits sont punissables selon la loi de l'Etat requérant. Cela suffit à mon avis : la peine prévue par l'Etat requérant légitime également l'action de l'Etat requis, uniquement parce qu'il s'agit simplement d'une aide et d'une assistance⁴. On pourrait aussi dire que les deux procédures, celle de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis s'associent en une seule procédure transnationale de « division transnationale du travail » dans laquelle chaque Etat joue son rôle spécifique⁵.

A5**Examen des arguments précédents également eu égard aux objectifs des conventions de coopération**

On peut résumer les objectifs des conventions européennes du XX^e siècle en disant qu'elles visent à faciliter la coopération sans négliger les intérêts de l'individu. Si l'on considère ces objectifs, la notion de double incrimination ne facilite certainement pas la coopération. Au contraire, elle implique une analyse approfondie, cas par cas, de la législation pénale des deux Etats. Cependant, les conventions en vigueur ne s'éloignent pas de la notion élaborée au dix-neuvième siècle.

³ Voir l'analyse comparative de Eser/Lagodny/Blakesley (voir annexe I).

⁴ Pour ces questions, voir aussi Swart, Bert, Human Rights and the Abolition of Traditional Principles, in : Eser/Lagodny (eds.) Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, Fribourg en Brisgau 1992, p. 505-534, 520 : aucun droit de l'homme ne requiert la double incrimination. Selon moi, cet article examine d'une manière générale les questions qui nous intéressent avec une grande profondeur. Je n'ai pas trouvé depuis d'article comparable qui ait été publié.

⁵ Voir Schomburg/Lagodny (note 3), introduction ann. p. 105 – 113.

B6

Depuis la rédaction des premiers traités, la notion de double incrimination a-t-elle changé, au niveau national, au niveau de l'Union Européenne (voir, par exemple, la Convention de l'UE de Dublin de 1996 sur le Mandat d'Arrêt européen), en droit international ou encore dans la pratique de la coopération judiciaire ?

Selon moi, aucun changement substantiel de la notion de double criminalité n'est observé dans les conventions et les projets de convention des dix dernières années⁶. Le Mandat d'Arrêt européen – pour prendre cet exemple très visible – ne prévoit pas de changement de fond. Pour les crimes ou groupes de crimes cités dans la liste de l'article 2, l'évaluation de la double incrimination est exclue parce que l'on suppose que le comportement en question est punissable sur tout le territoire de l'Union Européenne.

La raison d'être de la Décision-cadre semble être que la double incrimination est réalisée pour les infractions de la liste contenue à l'article 2 ; par conséquent il n'est pas nécessaire de vérifier l'existence d'une double incrimination pour chaque cas concret. Mais pour toutes les autres infractions, la double incrimination non seulement existe encore mais doit être vérifiée dans chaque cas. Un problème important se pose : que faire des cas appartenant aux deux catégories d'infractions, à savoir celles de la liste et celles qui ne figurent pas sur la liste ?

La Convention de Dublin de 1996 abolit en fait la condition contenue à l'article 3 selon laquelle il faut qu'il y ait une conspiration et une association visant la commission des infractions. Mais cela semble être davantage une concession aux tendances modernes qu'une méthode efficace.

B7-10

B7 Examen de la notion de double incrimination à la lumière du rapport « Nouveau départ » ;

B8 Pour diminuer les obstacles à la coopération internationale en matière pénale, ce principe pourrait-il être conçu différemment, par rapport à sa signification et son but d'origine ?

B9 Examen de ce qui précède également eu égard aux objectifs des conventions de coopération ;

B10 Examen des modifications éventuelles du concept également en termes de punissabilité *in concreto* (voir le point 2 précédent)

Remarque préliminaire : les questions B7 – B 10 sont traitées ensemble pour éviter des répétitions et des lacunes.

L'idée du rapport « Nouveau départ » consiste en un « réglage de précision » de la notion de double incrimination et, notamment, la prise en compte des variations dans la définition légale abstraite du comportement criminel, autant que des différences de terminologie (PC-S-NS [2002] 7, 18 septembre 2002, p. 12/13). « Le réglage de précision » consiste évidemment à conserver le concept en tant que tel tout en évitant les inconvénients qui se posent en raison de détails dommageables.

⁶ Voir aussi l'analyse de Gless, in: Eser/Blakesley/Lagodny (annexe I)

Par ailleurs, le programme « Nouveau départ » souligne l'idée de l'égalité de traitement : « Les justiciables ne devraient être ni mieux ni moins bien traités dans le cadre d'une procédure internationale qu'ils ne le sont dans le cadre, par exemple, d'une procédure inter villes ». (PC-S-NS [2002] 7, 18 septembre 2002, p. 19). Si nous appliquons ce raisonnement à la question de double incrimination, cela entraîne un meilleur traitement du délinquant qui fuit un pays (A) vers un autre pays (B) ou son comportement n'est pas punissable ; avec le critère de double incrimination, il ne peut pas être extradé et n'est donc pas puni. Contrairement aux cas de non extradition de ressortissants pour lesquels la non extradition peut être contrebalancée par une procédure pénale de l'Etat qui n'extrade pas (conformément à l'alternative *aut dedere aut iudicare* : extradier ou poursuivre), le fait que le délinquant ne soit pas punissable dans l'Etat B entraîne qu'il ne sera pas puni tant qu'il restera dans l'Etat B. Cela est contraire à l'idée de l'égalité de traitement.

Selon moi, l'approche consistant en un « réglage de précision » de la double incrimination n'a de sens que tant que les Etats membres respectent le principe de double incrimination *in abstracto*. Au moins en Allemagne et dans certains autres Etats, cela n'est pas le cas⁷, puisque la double incrimination est traitée *in concreto*. L'harmonisation peut commencer dans certains domaines. Il est toutefois illusoire de vouloir couvrir tous les secteurs ou presque du droit pénal et les harmoniser. Le droit pénal contenu dans le Code pénal de différents Etats ne représente qu'une infime partie du droit pénal de chacun de ces Etats. Prenons l'exemple de l'Allemagne : le Code pénal, « Strafgesetzbuch », ne représente que le sommet de l'iceberg : 90 % des dispositions de droit pénal ne s'y trouvent pas, mais sont contenues dans des lois spéciales, qu'il s'agisse de lois administratives ou d'autres lois spécifiques.

L'approche basée sur la « présomption », contenue dans l'article 2 du Mandat d'Arrêt européen, indique, selon moi, la bonne direction : dans l'Europe de l'Union Européenne - même après son élargissement du 1^{er} mai 2004 – il ne devrait pas y avoir trop de lacunes dans le domaine du droit pénal. Evidemment, il y aura des différences, mais elles n'auront qu'une importance mineure. Même entre l'Allemagne et l'Autriche dont les législations pénales sont étroitement liées en raison de leurs racines historiques communes, il existe des différences. Je ne prendrai qu'un exemple : l'utilisation de subventions officielles à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été accordées est punissable en droit autrichien (article 153b du Code pénal autrichien) d'une peine maximale de six mois. C'est le seul crime spécial prévu dans le domaine des subventions. En Allemagne, il y a beaucoup plus de crimes spéciaux de ce type. L'article 264 du Code pénal allemand prévoit déjà que les fausses déclarations faites à l'occasion d'une demande de subvention publique sont punissables d'une peine maximale de cinq ans. En Autriche, une simple fausse déclaration dans un tel contexte serait uniquement punissable comme une tentative de fraude, qui entraîne plus que ce qu'entraîne l'article 264 du Code pénal allemand. C'est un exemple de différence entre les deux systèmes juridiques. Les raisons de cette différence sont dues à des conceptions différentes de la politique pénale, que je ne juge pas essentielles.

⁷ Voir annexe I.

Par ailleurs, la législation pénale néerlandaise ne punit pas l'euthanasie active lorsqu'elle est pratiquée dans des circonstances très précises. En droit pénal allemand, l'euthanasie active est toujours punissable, sans exception. Cette différence peut aussi s'expliquer par des conceptions différentes de la politique pénale qui – selon moi – sont essentielles.

Par conséquent je n'établirai pas de distinction définitive entre ce qui est punissable *in concreto* ou *in abstracto* mais je poserai plutôt la question générale : qu'est-ce qui est contraire à « l'ordre public » d'un pays ?⁸. La question suivante est : que recouvre la notion d'« ordre public » d'un pays ? Il faut tout d'abord définir ce qui serait contraire aux droits fondamentaux de ce pays. Cela signifie que l'extradition doit être exclue pour les crimes qui pourraient n'être pas considérés comme des crimes dans ce pays parce que la sanction serait contraire à la Constitution. Il peut y avoir là deux raisons principales : premièrement, lorsque l'interdiction proprement dite à la base de l'infraction serait contraire à la Constitution ; par exemple une infraction concernant une interdiction contraire à la liberté d'expression. Deuxièmement, lorsque l'incrimination d'une interdiction engendre des problèmes, par exemple, puisqu'elle est contraire au principe « *nulla poena sine culpa* ». Si nous analysons les voies pénales existantes, je suppose qu'il n'y aurait que très peu de domaines dans lesquels ce serait le cas. La conséquence serait que l'extradition ne serait interdite que dans des cas exceptionnels.

Comme je l'ai mentionné plus haut, « l'ordre public » d'un pays comprend aussi des caractéristiques essentielles de sa politique pénale. La législation concernant l'avortement constitue un secteur sensible. Si nous comparons l'approche libérale néerlandaise à l'approche stricte des Irlandais, on pourrait dire qu'en raison de l'approche « ordre public », l'extradition des Pays-Bas vers l'Irlande dans une affaire d'avortement, évidemment non punissable en droit néerlandais mais punissable en droit irlandais, serait contraire à l'ordre public néerlandais. L'exemple germano-autrichien cité précédemment concernant les subventions publiques – selon moi – n'est pas l'expression de notions essentiellement différentes de la politique pénale, visant à rendre l'extradition contraire à « l'ordre public » autrichien.

Il existe des arguments en faveur du maintien du principe de la double incrimination uniquement en raison des différences concernant la politique pénale des Etats. Selon moi, une clause telle que celle proposée ci-après pourrait répondre à cette préoccupation légitime parce qu'elle couvrirait exactement ces intérêts. On peut s'opposer à cette idée en arguant que l'approche axée sur « l'ordre public » est trop difficile à réaliser, trop vague ou qu'elle laisse une trop grande discrétion aux Etats⁹. Toutefois, il faut la comparer à la situation actuelle où le seuil de la double incrimination (*in concreto*) exige de comparer en détail les critères de sanction d'un Etat à ceux d'un autre Etat. Comme la législation pénale d'un pays comprend de nombreuses spécificités qui ne sont compréhensibles que dans le système de ce pays, peut être une cause de frictions au moment où l'on comparera la punissabilité d'un crime.

⁸ Voir Swart (note précédente) p. 524, ainsi que Jescheck, Hans-Heinrich, Die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen in Europa, 66 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft p. 531-532 (1954) qui dès 1954 proposait une telle clause concernant l'ordre public.

⁹ Voir Swart (note 3 précédente), p. 524.

On peut dire que cela favorise une interprétation de la double incrimination *in abstracto*, ce qui signifie que le comportement en tant que tel est incriminé dans les deux pays. Cela entraîne de nombreux problèmes, pour ne mentionner que celui-ci : le comportement est-il encore incriminé s'il est justifié, par exemple, par consentement ?

Les détails de cette nouvelle approche méritent certainement d'être examinés et ont besoin d'un « réglage de précision ». J'ai plutôt l'impression qu'elle serait plus adaptée à l'Europe que le maintien de la double incrimination classique que l'on essaierait d'améliorer. Selon moi, on pourrait procéder au réglage précis de cette approche en donnant des exemples de ce qui pourrait constituer l'ordre public.

Je propose donc la définition suivante dans le domaine de l'extradition :

«1. l'extradition ne fait pas l'objet d'une double incrimination, sauf si l'absence de double incrimination porte atteinte à l'ordre public de l'Etat requis.

2. Dans ce contexte¹⁰ il est porté atteinte à l'ordre public si l'incrimination du comportement humain qui fonde la demande

- a) est contraire aux droits de l'homme dans l'Etat requis
- b) n'est pas compatible avec les notions essentielles de la politique pénale de l'Etat requis
- c) est contraire à des notions juridiques comparables ».

¹⁰ La proposition doit être adoptée si la notion d'ordre public joue un rôle dans un autre contexte.